

Asunto: Observaciones. Consulta pública previa: Proyecto de Real Decreto de desarrollo de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

A la vista del trámite de consulta pública previa existente sobre el asunto de referencia, esta Dirección General efectúa las siguientes observaciones:

PRIMERA.- Cumplidos casi cuatro años desde la publicación oficial de la ley estatal (LTAIPBG), consideramos que es muy necesaria la aprobación de la norma reglamentaria de desarrollo con el fin de dar respaldo normativo a las interpretaciones más consolidadas del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) y las instituciones autonómicas similares.

Pero si bien es cierto lo anterior, debe tenerse en cuenta la tramitación actual de la proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de los Denunciantes, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos y tomada en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados el pasado 21 de febrero¹, actualmente en fase de enmiendas, alternativa 2 planteada en el apartado "Posibles soluciones alternativas, regulatorias y no regulatorias" de la ficha informativa de esta consulta pública.

En un contexto de múltiples modificaciones normativas, cada vez más frecuentes en espacios muy cortos de tiempo, con el consiguiente riesgo para el principio constitucional de seguridad jurídica, debería valorarse convenientemente esperar a la aprobación de la modificación para llevar a cabo un desarrollo reglamentario completo y actualizado de la ley. Por otra parte y desde el punto de vista del calado y necesidad de las modificaciones, debería agilizarse en mayor medida la modificación de la ley que la aprobación del reglamento de desarrollo.

Esta observación es relevante, a nuestro juicio, ya que sin una modificación previa de la LTAIPBG no es posible efectuar propuestas de gran calado a una norma de rango reglamentario que, por su propia naturaleza, solo puede desarrollar o concretar lo dispuesto en la ley, pero no innovar en aquellos aspectos que puedan entrar en contradicción con lo dispuesto en la norma que desarrollan. A este respecto, esta Dirección General considera de importancia vital avanzar, por citar solo dos aspectos a título de ejemplo, en el ejercicio del derecho de acceso sin tantas restricciones para la identificación electrónica de los solicitantes y el establecimiento de un régimen sancionador cuyo ejercicio sea responsabilidad de un órgano independiente.

SEGUNDA.- Dicho esto, la información que contempla la ficha informativa es tan escueta que difícilmente puede adivinarse la voluntad del ejecutivo estatal en cuanto

¹ BOCG Congreso de los Diputados. XII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley. Núm. 33-1, de 23 de septiembre de 2016.

al contenido del proyecto. Por este motivo, se toma como referencia para estas observaciones la última versión del texto existente (proyecto de 8 de junio de 2015).

Sirva como punto de partida nuestra conformidad con las observaciones manifestadas tanto por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en su informe de 2 de septiembre de 2015, como las vertidas por las organizaciones de la sociedad civil más activas en el ámbito de la transparencia y el acceso a la información pública, que en buena medida son coincidentes con las que aquí expresamos.

Algunas de estas observaciones fueron debidamente valoradas y tomadas en consideración en el proceso de elaboración de la Ordenanza de Transparencia de la Ciudad de Madrid, aprobada el 27 de julio de 2016.

TERCERA.- Por lo que respecta al ámbito de aplicación del proyecto, consideramos que deberían hallarse dentro de él las entidades que integran la Administración Local, ya que muchos de los preceptos es previsible que sean desarrollo de la normativa básica contenida en la LTAIPBG. Creemos que esa solución es absolutamente legal y respetuosa con la autonomía local, y beneficia al establecimiento de estándares comunes y mínimos, al mismo tiempo que exigentes, para todas las administraciones en nuestro país.

En ausencia de este desarrollo, es obvio que las entidades locales pueden proceder a la aprobación de sus respectivas ordenanzas como muchas de ellas hemos acometido (tomando como punto de partida en mayor o menor medida, la Ordenanza tipo de transparencia, acceso y reutilización de la información aprobada por la Junta de Gobierno de la FEMP en mayo de 2014).

Esta solución es compatible con que algunos de los preceptos de la norma reglamentaria no tengan este carácter –tal como sucede en la LTAIPBG-, opción que nos parece razonable y simplificadora, siempre que se distinga adecuadamente el distinto carácter que puedan tener los distintos preceptos en una disposición final.

CUARTA.- El artículo 2.1 del proyecto se daba una definición de “información relevante” bastante más limitada que la contemplada en el artículo 5.1 de la LTAIPBG, ya que entiende por tal “aquella que, de acuerdo a lo previsto en los artículos 6 a 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, permita conocer su estructura y funciones, el desempeño de sus competencias, sus mecanismos de financiación y los controles a los que están sujetos”. Esto supondría limitar este concepto a aquellos contenidos respecto de los que existe una obligación de publicidad activa en la LTAIBG, y no es eso lo que establece el artículo 5.1 de la ley. Creemos que esta definición es más restrictiva que el concepto legal.

En cuanto a la actualización de la información (artículo 2.3), opinamos que debería hacerse un esfuerzo para concretar un plazo por defecto o mínimo de actualización,

que en la ley solo se contempla con respecto a la información sobre contratos menores. Esta previsión sería compatible con plazos distintos, mayores o menores, por la naturaleza de la información de que se trate (el presupuesto, en el mejor de los casos, es una información anual). La inexistencia de este lapso mínimo genera situación extravagantes que no se compadecen con unas exigencias mínimas de transparencia. Creemos que también se podrían establecer, al menos con respecto a determinadas materias, unos períodos mínimos de conservación de la información publicada, que habrá que analizar con especial detenimiento cuando la información contenga datos personales.

En caso de que se ampliase el ámbito de aplicación de la norma proyectada, podría intentarse el establecimiento de algún estándar técnico común para garantizar la interoperabilidad de los portales y herramientas técnicas. Esto garantizaría en mejor medida el intercambio y compartición de la información, y las posibilidades de una evaluación uniforme.

QUINTA.- Debería analizarse en el artículo 3.2 la posibilidad de ampliar la obligación de publicar el perfil y trayectoria profesional al elenco de empleados públicos a los que alcanza el criterio interpretativo CI/001/2015, de 24 de junio, conjunto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y de la Agencia Española de Protección de Datos, con independencia de que dicho criterio se haya inicialmente emitido para supuestos de acceso a la información pública y no de publicidad activa. Creemos que esta modificación es coherente con el derecho a saber que corresponde a cualquier persona sobre la trayectoria de aquellas personas que dentro de las organizaciones públicas ejercen responsabilidades de gran calado, personas en quienes no tiene por qué concurrir necesariamente la condición de alto cargo. Esta publicidad, además, contribuiría a limitar o reducir posibles arbitrariedades en la provisión de determinados puestos de responsabilidad, contribuyendo así a los principios de igualdad, mérito y capacidad en la carrera administrativa.

SEXTO.- Aun tratándose más de un aspecto relacionado con la gestión de la calidad que de la transparencia, en el artículo 4 debería preverse la publicación periódica de la ejecución de los planes y programas (al menos, de los más relevantes) sin esperar a su finalización o vencimiento. Es de esta manera como se posibilita el verdadero control y seguimiento de la acción del gobierno que corresponda.

De cara a facilitar la comprensión y la claridad de la información, podría también preverse la necesidad de que junto con la publicación íntegra del documento, existiera una ficha descriptiva con las notas esenciales o un resumen ejecutivo.

SÉPTIMO.- En el artículo 5.1 no se entiende bien a qué se quiere hacer referencia con el término “resoluciones de carácter normativo”.

Este es uno de los contenidos cuya publicidad es más deficitaria, conocido el efecto “vinculante” que genera sobre la actuación administrativa la publicidad de los criterios interpretativos y de gestión que aplican las administraciones. Con el fin de garantizar el cumplimiento de esta prescripción legal, podría preverse que no podrá invocarse ni aplicarse en ninguna resolución administrativa criterio al que no se le haya dado la debida publicidad de conformidad con lo previsto en los artículos 7 a) de la LTAIPBG y 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En cuanto a la publicidad de textos normativos, pensamos que la previsión reglamentaria debería acercarse al concepto de información pública dado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, por contraposición a la información de carácter auxiliar y de apoyo. Existen muchos documentos en los expedientes normativos que son de gran relevancia para el conocimiento de la trazabilidad de las grandes decisiones públicas (normativas, entre otras) que de acuerdo con la propuesta contemplada quedarían al margen de la publicidad (memorias, observaciones de otros departamentos que no constituyan informe preceptivo, alegaciones de terceros con disociación de datos personales, contestación a dichas alegaciones, etc.). Esta última indicación sería igualmente predicable a lo previsto en el artículo 7 “Publicidad de los documentos sometidos a información pública”.

OCTAVO.- No se puede compartir tampoco la previsión contenida en el artículo 8 h) de que las resoluciones de compatibilidad se publicarán con disociación de datos personales. Primero, porque ninguno de esos datos previsiblemente será especialmente protegido. Segundo, porque en su mayoría son meramente identificativos relacionados con la actividad o puesto que desempeñan dentro de las administraciones públicas (artículo 15.2 de la LTAIBG) y todo aquel dato personal que no sea de este último tipo, es más que previsible que no resultará afectado por ninguno de los límites del artículo 14 de la LTAIPBG.

Por otra parte, la publicidad de esta información es de absoluta relevancia para prevenir los conflictos de intereses y el nivel de fraude existente en este ámbito. La legalidad de esta publicación ya ha sido reconocida en resoluciones de la propia Agencia Española de Protección de Datos², la Autoridad Catalana de Protección de Datos³ y el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno⁴.

NOVENO.- Con carácter general no se debería definir el detalle de la información a publicar por remisión a una determinada base de datos, sistema o aplicación, que

² Informe del Gabinete Jurídico con referencia 30933/2015, emitido en julio de 2015.

³ Dictamen CNS 51/2014 y CNS 14/2015.

⁴ Resolución 432/2016, de 22 de diciembre.

por su naturaleza puede verse alterada por razones técnicas o con cierta frecuencia sin precisar de una disposición normativa. Es el caso de la referencia a la Base de Datos Nacional de Subvenciones, la Central de Información Económico-Financiera del extinto Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o la Central de Información de Bienes Inventariables del Estado. Creemos que es mucho más seguro desde un punto de vista jurídico enunciar ítems concretos a los que deberá darse publicidad (al modo de lo que se hace en el artículo 8.1 a) de la LTAIPBG en relación a la información contractual).

DÉCIMO.- En relación con el derecho de acceso a la información pública y, en concreto, respecto de las causas de inadmisión, proponemos que se incorpore la doctrina ya abundante del CTBG en relación a ellas (especialmente sus criterios interpretativos), así como en lo relativo a la materialización del acceso cuando la información ya se halle publicada (artículo 16). Algunas previsiones del borrador de real decreto de 8 de junio de 2015 resultan especialmente restrictivas y constituyen un paso atrás en relación a doctrina mencionada (por ejemplo, *a sensu contrario* la posible consideración de ciertos informes como información auxiliar o de apoyo según el artículo 12.2 c) 5º).

Consideramos que la resolución procedente ante una solicitud que tuviera por objeto información sujeta a un régimen específico de acceso debería ser la inadmisión y no la desestimación (artículo 14), que a nuestro entender solo procedería ante la concurrencia de un límite al acceso y no una circunstancia procedimental o de régimen jurídico aplicable como es el caso. En estos mismos términos, lo previsto en el artículo 15 del borrador en relación a escritos o documentos de un procedimiento judicial.

En el artículo 17.3 se dice expresamente que en los supuestos en que no se haya podido practicar el trámite de alegaciones, no podrá otorgarse el acceso a la información solicitada cuando los terceros no hayan realizado alegaciones dentro del plazo. Esta previsión no existe en la LTAIP y, por otra parte, ignora que en la resolución a dictar deberán ponderarse los intereses concurrentes que se hayan manifestado (por ejemplo, por el solicitante) o sean conocidos por el órgano competente. Es posible que estos intereses conocidos sean tan determinantes que cualquier hipotético interés que se hubiera podido hacer valer, jamás habría desvirtuado una ponderación favorable al acceso. En estos casos, se sugiere que la resolución que se dicte pondere los intereses en juego que sean conocidos o se hayan manifestado.

El artículo 18.2 hace referencia a la publicación en el Portal de Transparencia de las resoluciones denegatorias por aplicación de cualquier límite al acceso, cuando en la LTAIPBG solo se contempla con respecto a las resoluciones que apliquen los límites del artículo 14 y no del 15 (artículo 14.3). El último inciso del artículo 18.4 (el acceso a los datos personales de los empleados públicos que no tengan la condición de altos

cargos requerirá su consentimiento expreso) creemos que va en contra de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 15, y vulnera algunos párrafos del artículo 8.1 –en concreto, el párrafo g)- que prevé, como sabemos, la publicación de las resoluciones de compatibilidad en las que razonablemente se incorporan datos personales de los empleados públicos. Tampoco parece coherente con la publicidad legal que se da a determinados nombramientos de empleados públicos (sistema de provisión libre designación), publicación en la que aparecen conceptos retributivos como el complemento específico o datos que pueden revelar dichas retribuciones (grupo profesional y nivel del puesto de trabajo).

El artículo 22 relativo a la reclamación previa regulada en los artículos 23 y 24 de la LTAIBG, debería hacerse eco de la previsión de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que deja abierto *sine die* el plazo para reclamar en tanto en tanto no recaiga resolución administrativa expresa. El apartado 2 de aquel artículo manifiesta que cuando la reclamación se formule por un tercero que haya realizado alegaciones durante la tramitación de la solicitud, podrá solicitar la suspensión de la eficacia de la resolución de acceso. En realidad, la LTAIP anuda el efecto suspensivo a aquellos supuestos en los que se haya manifestado la oposición al acceso –no cuando se hayan efectuado las alegaciones- y, por otra parte, alude a un efecto suspensivo automático, no a petición. Lo que no dice la ley, pero consideramos que podría añadirse por la norma reglamentaria de desarrollo es que el efecto suspensivo se producirá cuando la oposición sea **motivada**. Esto permitiría que el acceso no se viera limitado por un ejercicio abusivo de la oposición sin una justificación mínima.

UNDÉCIMO.- Sería recomendable que el reglamento matizase el concepto de información pública, habida cuenta de la confusión generalizada que se desprende de este concepto definido tan genéricamente en la ley. Debería aclararse que quedan fuera de este derecho las solicitudes sobre información administrativa general (sobre horarios, dependencias, trámites, etc.), peticiones de actuaciones materiales, de previsiones o actuaciones futuras, opiniones o valoraciones personales, expedición de certificados y autenticación de copias, respuesta a consultas y motivaciones adicionales, entre otras.

También sería aconsejable aclarar los términos de la supletoriedad de la LTAIBG con respecto a los regímenes jurídicos específicos de acceso (si alcanza o no a la reclamación previa ante el CTBG).

Por otra parte, sería conveniente que el reglamento también previera aquellas situaciones en las que interpuesta una reclamación previa ante el CTBG o institución similar debido a la falta de resolución en plazo de la solicitud, se declarase el archivo de la reclamación o la pérdida sobrevenida de su objeto si a la fecha de la resolución de aquella se pudiera acreditar que el acceso se ha satisfecho. Consideramos que en estos casos, la resolución no debe ser estimatoria por motivos formales, sino de

archivo en aplicación de la LPAC, sin perjuicio del reproche por el retraso en el cumplimiento de la obligación de dictar resolución administrativa expresa que se pueda expresar en la propia resolución de la reclamación.

DUODÉCIMO.- Aunque el borrador de reglamento de 2015 no abordaba el desarrollo de los límites al acceso, sería recomendable detenerse el desarrollo del artículo 15 de la LTAIBG sabida la complejidad de la relación entre la protección de datos personales y la transparencia/acceso a la información pública. Los apartados 2 y 3 de aquel precepto legal son muy genéricos y los criterios de ponderación excesivamente ambiguos. Somos conscientes de la dificultad que supone avanzar en una mayor concreción en este aspecto, pero es una demanda general de los operadores jurídicos contar con reglas de ponderación más claros, necesidad que solo en parte ha venido a paliar la colaboración de la Agencia Española de Protección de Datos y el CTBG a través de la aprobación de criterios conjuntos.

Madrid, 21 de julio de 2017.